

EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL POR INDEMNIZACIÓN INTEGRAL DE PERJUICIOS EN EL SISTEMA COLOMBIANO

JOSÉ FERNANDO CALVACHE REYES

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRIA EN DERECHO PROCESAL PENAL
BOGOTÁ, D. C. 2012

EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL POR INDEMNIZACIÓN
INTEGRAL DE PERJUICIOS EN EL SISTEMA COLOMBIANO

JOSÉ FERNANDO CALVACHE REYES

Monografía para optar el título profesional de Maestría en Derecho
Procesal Penal

Asesor
RICARDO ARIZA
Docente Académico

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRIA EN DERECHO PROCESAL PENAL
BOGOTÁ, D. C. 2012

Nota de aceptación

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Bogotá D.C., Diciembre de 2012

A Dios, a mi familia y a mis maestros
Gracias por su comprensión
y enseñanzas.

AGRADECIMIENTOS

El autor expresa sus agradecimientos al:

Dr. RICARDO ARIZA
Catedrático Metodológico de la investigación

Con sentimientos de aprecio, a quienes contribuyeron en la realización de la presente investigación, con su orientación y aportes a la misma.

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	8
1. MARCO TEORICO	11
1.1. MARCO HISTÓRICO	11
1.2. MARCO JURÍDICO	12
1.3. MARCO GEOGRÁFICO	13
1.4. MARCO POBLACIONAL	13
2. EL DELITO COMO FUENTE DE OBLIGACIONES CIVILES	14
2.1. ACCIONES QUE SE DERIVAN DE LA CONDUCTA PUNIBLE	15
2.2. ELEMENTOS DE LA ACCIÓN CIVIL EN EL PROCESO PENAL	16
2.2.1. El daño o perjuicio	17
2.2.1.1. Concepto de daño o perjuicio	18
2.2.1.2. Características del daño o perjuicio	19
2.2.1.3. Clasificación del perjuicio	21
2.2.1.4. Tasación de los perjuicios	22
2.2.1.5. Indemnización de los perjuicios	24
2.2.1.6. Daño emergente	25
2.2.1.7. Lucro cesante	26
2.2.1.8. Los perjuicios morales	30
2.2.2. Obligación de resarcimiento	37
2.2.3. Imputación o nexo causal	38
3. EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL POR INDEMNIZACIÓN INTEGRAL	39
3.1. CONCEPTO	39
3.2. SUJETOS PROCESALES	39
3.2.1. Los sujetos activos de la acción indemnizatoria	39
3.2.2. Los sujetos pasivos de la obligación indemnizatoria	40
3.3. REQUISITOS PROCESALES	41
3.3.1. Reparación integral de los perjuicios	41
3.3.2. Que el beneficiario de la extinción de la acción penal, no haya sido favorecido con preclusión de la investigación, resolución inhibitoria, o cesación por este motivo, dentro de los cinco años anteriores	42
3.3.3. Que el monto de la indemnización haya sido establecido de conformidad con avalúo pericial, salvo que exista acuerdo sobre el mismo	43

	Pág.
3.3.4. Que se trate de delitos de los mencionados en el artículo 42 del código de procedimiento penal	43
4. LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES EN FAVOR DE LOS PERJUDICADOS CON EL DELITO	45
4.1. FACULTAD DEL PERJUDICADO PARA ESCOGER LA VÍA A SEGUIR	48
5. TITULARES O BENEFICIADOS CON LA EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL	51
5.1. EL IMPUTADO, SINDICADO O PROCESADO Y SU DEFENSOR.	51
5.2. EL TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE	52
5.3. EL AGENTE OFICIOSO	52
5.4. OFICIALMENTE EL FUNCIONARIO JUDICIAL	54
6. OPORTUNIDAD PARA DAR APLICACION A LA EXTINCION DE LA ACCION PENAL POR INDEMNIZACIÓN INTEGRAL	55
6.1. EN LA INVESTIGACIÓN PREVIA	56
6.2. EN LA INSTRUCCIÓN	56
7. TIPOS PENALES QUE ADMITEN LA EXTINCIÓN DE LA ACCION PENAL POR INDEMNIZACIÓN INTEGRAL	57
7.1. LOS DELITOS QUE ADMITEN DESISTIMIENTO	57
7.2. EL HOMICIDIO CULPOSO Y LAS LESIONES PERSONALES CULPOSAS	57
7.3. EN LAS LESIONES PERSONALES DOLOSAS CON SECUELAS TRANSITORIAS	57
7.4. EN LOS DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO ECONÓMICO.	57
7.5. EXCEPCIONES	58
8. ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN	60
9. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	70
BIBLIOGRAFIA Y FUENTES CONSULTADAS	74

INTRODUCCIÓN

El legislador colombiano en muchas oportunidades ha negado a la víctima, la participación activa dentro del proceso penal, al reducirla sólo a la constitución en parte civil, cuando acorde con las nuevas teorías victimológicas debería permitirle jugar un papel decisorio en la medida que actúe con carácter conciliatorio y con el propósito de poner fin al conflicto jurídico subyacente en la conducta delictiva; sin embargo, cabe anotar que a partir de 1991 los perjudicados o lesionados con una conducta punible han vuelto a adquirir protagonismo dentro del proceso penal e inclusive en otros procedimientos, y es así como en la constitución, código penal y nuevo código de procedimiento penal, se da un enfoque diferente a la normatividad colombiana que se ocupa de los derechos de los perjudicados, reconociéndoles facultades y posibilidades para reclamar y obtener efectivamente la indemnización o resarcimiento de perjuicios que les hayan ocasionados por la comisión de un delito.

De ahí, que nuestra Constitución Política señale en su art. 1° que en un Estado social de derecho y en una democracia participativa, los derechos de las víctimas de un delito resultan constitucionalmente relevantes, por cuanto son inherentes a los fines mismos del Estado, la organización de las estructuras gubernamentales a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de tal manera que sea capaz de garantizar jurídicamente la efectividad de los principios, los derechos y deberes de los asociados, art. 2° C.N.; por esta razón el constituyente elevó a rango constitucional el concepto de víctima cuando en el numeral 1° del art. 250 superior, estableció como deberes de la Fiscalía General de la Nación: “tomar las medidas necesarias para hacer efectivos el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito”.

Si bien la indemnización es sólo uno de los posibles elementos de la reparación a la víctima, el restablecimiento de sus derechos supone más que la mera indemnización, de allí que la Constitución haya trazado como meta para la Fiscalía General de la Nación: “el restablecimiento del derecho”, lo que representa una protección plena e integral a los intereses de las víctimas y perjudicados, por lo que el restablecimiento de estos exige saber la verdad de lo ocurrido, para determinar si es posible volver al estado anterior a la vulneración, como también para que se haga justicia; es así, como el numeral 7 del art. 250 superior, señala que la Fiscalía General de la Nación debe: “velar por la protección de las víctimas”, esto, como desarrollo del artículo 2° de la Constitución. Por su parte, el art. 229 de la Constitución, garantiza “el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia”; este derecho comprende contar con procedimientos idóneos y efectivos para la determinación legal de derechos y obligaciones, la resolución de las controversias plasmadas ante los jueces dentro de un término prudencial y sin dilaciones injustificadas, la adopción de decisiones con el pleno respeto del debido proceso.

De esta manera, la concepción constitucional de los derechos de las víctimas de un delito, resulta más amplia a partir del año 1991 ya que comprende poder exigir de las autoridades y de los instrumentos judiciales, su orientación al restablecimiento integral, y ello sólo es posible, si a las víctimas de un delito se les garantizan su derecho a la verdad, a la justicia, y la utilización de las herramientas legales que el Estado ha diseñado para proteger sus intereses; por lo tanto, resulta procedente centrar la investigación en el análisis de la efectividad de la extinción de la acción penal por la indemnización integral de perjuicios y las consecuencias que esta figura jurídica reporta para el afectado o afectados, así como para el procesado o procesados, considerando que este mecanismo es un reconocimiento a la parte lesionada con el delito, al punto que se admite la extinción de la acción penal bajo la condición de indemnizar al perjudicado.

Se hace necesario que la labor del funcionario judicial penal se desarrolle con igual celo y se oriente a establecer la responsabilidad o inocencia del procesado, tanto en el aspecto penal como en el civil, pero de igual forma, debe procurar que se allegue al proceso las pruebas necesarias para la demostración de la existencia de los perjuicios ocasionados con el delito, y el restablecimiento integral de los derechos a los afectados, para lo cual puede emplear mecanismos previstos en la constitución y las leyes, como la extinción integral de perjuicios.

Los operadores jurídicos penales, deben dar aplicación a la indemnización integral de perjuicios, protegiendo así los derechos de las víctimas y perjudicados con el ilícito, brindando al sujeto infractor la oportunidad de finiquitar la acción penal seguida en su contra a través de la reparación del daño, con lo que se garantiza la efectividad de esta importante herramienta legal, así como el reconocimiento de los derechos del perjudicado u ofendido dentro de un determinado caso.

1. MARCO TEÓRICO

1.1. MARCO HISTÓRICO: En Colombia, la figura de la extinción de la acción penal por indemnización integral aparece por primera vez en el Código de Procedimiento Penal, decreto 050 de 1987, teniendo en cuenta que en esa norma fue concebido más como un desistimiento por reparación de perjuicios que como una forma de extinción de la acción penal por indemnización integral; pero en general son pocas las normas que ubicadas en diferentes áreas del derecho han cumplido con la finalidad que persigue la figura en estudio, y que en cierta forma llevan implícita la función de extinguir los procesos cuando se repara o transa por un precio los perjuicios, por demás que han servido de mecanismo de descongestión de los despachos judiciales, como es el caso de la figura del desistimiento en materia penal, la oblación, cuando la pena es solo multa y ella se paga dentro de los límites señalados en la disposición penal. El Código de Procedimiento Penal contenido en el decreto 2700 de 1991, en su art. 39 establecía de la misma manera la preclusión de la investigación o cesación de procedimiento por indemnización integral; norma que fue modificada por el art. 7° de la Ley 81 de 1993, que más que una modificación lo que hizo fue una adición al artículo antes referido, agregando respecto de su última parte que para tal efecto la Fiscalía General de la Nación, llevaría un registro de las preclusiones y cesaciones de procedimiento que se hayan proferido por aplicación de este artículo, y que la reparación integral debía efectuarse de conformidad con el avalúo que del perjuicio hiciere un perito, de no ser que existiera acuerdo sobre estos.

La Ley 23 de 1991 y su Decreto Reglamentario del mismo año, se optó como mecanismo de descongestión de despachos judiciales, siendo uno de los principales instrumentos usados por el Estado para descongestionar precisamente los despachos judiciales, mediante el traslado de competencias de funcionarios judiciales a funcionarios administrativos, transformando así conductas tipificadas como delitos en contravenciones haciendo más ágil su

trámite de investigación y al establecer la conciliación como principal componente de la descongestión pretendiendo que con su aplicación se surtieran los efectos deseados, es así como en su capítulo primero se encuentra la transferencia de competencias a los funcionarios de policía de las conductas que se consideraban delitos y que en virtud de la citada ley, se catalogaron como contravenciones especiales de policía. En nuestra legislación en general, y especialmente en la penal, se presenta reciente el pago como mecanismo de extinción de la acción penal; siendo necesario indicar que aparecen algunas formas de terminación anticipada o anormal de los procesos, principalmente en el campo penal, como es el caso de la Oblación, la cual consagra nuestro ordenamiento penal en sus artículos 82, 87, 88 y 91, y 38 del Código de Procedimiento Penal, constituyendo una causa extintiva del delito y de la acción penal que se da mediante el pago efectuado por el imputado de contravención o de delito sancionado exclusivamente con multa, de una suma de dinero señalada por el Juez, dentro de los límites establecidos en la respectiva disposición la cual se justifica en la conveniencia de definir con solicitud el procedimiento a seguir en delitos de mínima importancia, evitando de esta manera el desgaste de la jurisdicción cuando el procesado se muestra dispuesto a aceptar su culpabilidad.

En el Código Penal vigente, encontramos que se han ampliado el número de conductas punibles objeto de extinción de la acción penal a través de la oblación, diferenciándose de la legislación anterior en donde solo operaba para una conducta punible como la establecida en el artículo 152 sobre abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto.

1.2. MARCO JURÍDICO: Tomando como referencia el art. 42 del Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000), en el entendido de los delitos que admiten desistimiento, tal como en los casos de homicidio culposo y lesiones personales culposas, cuando no concurren algunas de las circunstancias de agravación punitiva consagradas en los arts. 110 y 121 del Código Penal, en

los de lesiones personales dolosas con secuelas transitorias, en los delitos contra los derechos de autor y en los procesos por delitos contra el patrimonio económico, exceptuando los delitos de hurto calificado y la extorsión, violación a los derechos morales de autor y violación a sus mecanismos de protección, la acción penal se extinguirá para todos los procesados cuando cualquiera repare integralmente el daño ocasionado, previo avalúo pericial, salvo que exista acuerdo sobre el monto de la indemnización o el perjudicado manifieste expresamente haber sido indemnizado. Por lo que, el beneficio contemplado en la norma al admitir la posibilidad de extinguir la acción penal en virtud del pago de la indemnización, procede para los delitos de homicidio y lesiones a título de culpa, salvo que al momento de ocurrir el hecho el agente se encontrare bajo el influjo de bebida embriagante, de droga o sustancia que produzca dependencia física o psíquica, o bien, cuando el agente hubiere abandonado sin justa causa el lugar de comisión del hecho; como también procede para delitos contra el patrimonio económico, siempre que no se trate de delitos de hurto calificado y extorsión.

1.3. MARCO GEOGRÁFICO: El cumplimiento y aplicación de la norma de carácter procesal contentiva de la extinción de la acción penal a través de la indemnización integral, se da dentro de todo el territorio nacional.

1.4. MARCO POBLACIONAL: Para el análisis que se pretende hacer, se tomará como referencia poblacional el Municipio de Medellín.

2. EL DELITO COMO FUENTE DE OBLIGACIONES CIVILES

El código civil en su artículo 1494 indica cuáles son en Colombia las fuentes de las obligaciones civiles. Y textualmente reza:

"Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia", (1) (resaltado fuera del texto).

Se deduce de lo anterior que el delito es fuente de obligaciones civiles y por lo tanto surge la de indemnizar cuando con el mismo se lesiona o atenta contra un derecho individual o colectivo. Esa disposición pone en el mismo nivel a la ley, el contrato, el cuasicontrato y el delito como causas generadoras de la obligación de indemnizar, además, en el artículo 2302 de la misma obra se hace un paralelo entre el cuasi-delito en materia civil y el delito en la modalidad culposa en el área penal.

Como si lo anterior fuera poco, el artículo 2341 del mismo estatuto civil que se refiere a la responsabilidad civil extra-contractual, expresamente establece:

"El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley le imponga por culpa del delito cometido", (2) (resaltado fuera de texto).

(1) Régimen Civil Colombiano. Legis. Bogotá. 2012

(2) Ídem.

Se concluye de la redacción anterior que originan la obligación de indemnizar el *delito y la culpabilidad*, ya que la culpa es una forma de presentación de la culpabilidad (art 21 del código penal) en tanto los hechos delictuales conllevan la obligación de indemnizar, ya sean dolosos o culposos.

Vale la pena precisar que el concepto de culpa que maneja el código civil difiere del que utiliza el código penal, y por lo tanto debe entenderse dentro del contexto del artículo 2341, el cual debe adecuarse a los lineamientos generales que trae el estatuto represor en el capítulo séptimo del título III.

2.1. ACCIONES QUE SE DERIVAN DE LA CONDUCTA PUNIBLE

El artículo 25 del Código de Procedimiento penal (Ley 600/2000), establece: Las acciones originadas por la conducta punible al consagrar:

“Toda conducta punible origina acción penal y puede originar, entre otras, acción civil”. (3) (resaltado fuera de texto).

El art. 45 del citado estatuto procesal, establece quienes son los titulares de la acción civil."

"La acción civil, individual o popular para el resarcimiento de los daños y perjuicios individuales y colectivos causados por la conducta punible, podrá ejercerse ante la jurisdicción civil o dentro del proceso penal, a elección de las personas naturales o jurídicas perjudicadas, por los herederos o sucesores de aquellas, por el Ministerio Público, o por el actor popular cuando se trate de lesión directa a bienes jurídicos colectivos. En este último evento, solo podrá actuar un ciudadano y será reconocido quien primero se constituya. El actor popular gozará del beneficio de amparo de pobreza de que trata el código de procedimiento civil.

(3) Régimen Penal Colombiano. Legis. Bogotá. 2012.

Si el titular de la acción indemnizatoria no tuviere la libre administración de sus bienes y optare por ejercerla en el proceso penal, se constituirá en parte civil mediante demanda presentada por su representante legal". (4) (resaltado fuera de texto).

Se llega a la conclusión de que el delito da nacimiento a dos acciones: La penal y la civil. Son dos acciones distintas pero su declaratoria puede corresponder a una sola jurisdicción si el perjudicado así lo decide, por eso cuando la víctima o el perjudicado deciden adelantar la acción civil dentro del proceso penal, el funcionario penal, ya sea Fiscal o Juez adquieren competencia para adelantar conjuntamente las dos acciones que se originan con el mismo hecho.

Igualmente el ofendido puede por la vía civil exigir el resarcimiento de los perjuicios ocasionados con el hecho dañoso, tema que no es motivo de análisis en el presente trabajo, pero debe quedar claro que el ofendido puede acudir a la jurisdicción civil o penal para lograr el pago de sus perjuicios, excluyendo una de ellas en caso de intentarse la otra.

2.2. ELEMENTOS DE LA ACCIÓN CIVIL EN EL PROCESO PENAL

Nuestro código de procedimiento penal dentro de los artículos 45 a 55 contempla todo lo que tiene que ver con la parte civil dentro del proceso penal, sobre titularidad, quienes deben indemnizar, oportunidad para la constitución de parte civil, los requisitos de dicha demanda, la decisión sobre la demanda y apelación, su admisión y facultades de la parte civil, la inadmisión de la misma, su rechazo, retiro y devolución, las formalidades y la extinción de la acción civil.

(4) Régimen Penal Colombiano. Legis. Bogotá. 2012

En materia de liquidación de perjuicios se ocupa el capítulo III, en el artículo 56 del procedimiento y el 60 resuelve todo lo referente a las medidas cautelares para garantizar el pago.

La constitución de parte civil dentro del proceso penal, como actor individual o popular, podrá intentarse en cualquier momento, a partir de la resolución de apertura de instrucción y hasta antes de que se profiera sentencia de segunda o única instancia, según lo establece el artículo 47 código procesal penal.

Significa entonces, que en caso de presentarse demanda que cumpla con los requisitos del artículo 48, esta deberá ser admitida pero teniendo en cuenta que si se profirió sentencia de primera instancia en caso de haber sido recurrida la misma, es hasta antes de que se decida el recurso de alzada donde se puede proceder a ello, o en nuestro concepto hasta antes de que quede ejecutoriada formalmente; en el evento de no haber sido recurrida la misma y en caso de que el fallo sea de una sola instancia, esta no opera sino hasta antes de que se emita la sentencia respectiva.

Como se desprende del contenido del artículo 47 del código de procedimiento penal, la ley es generosa en cuanto a la oportunidad del afectado para hacer valer sus derechos y lograr el resarcimiento de los perjuicios dentro del proceso penal, ello resulta saludable y garantista de derechos.

Hay otras posibilidades de obtener el resarcimiento de los perjuicios dentro del curso de la investigación penal, las cuales serán analizadas más adelante, ya que constituyen el objeto de esta investigación y deben estudiarse a fondo.

2.2.1. El daño o perjuicio

2.2.1.1. Concepto de daño o perjuicio

Según el diccionario de ciencias jurídicas el perjuicio es la ganancia lícita que deja de obtenerse, o deméritos o gastos que se ocasionan por acto u omisión de otro y que éste debe indemnizar a más del daño o detrimento material causado por modo directo.

Para algunos autores, el concepto de perjuicio se encuentra subsumido en el de daño, o sea que el perjuicio no es sino una modalidad del concepto más amplio de daño. Sin duda por ello COUTURE define el perjuicio como daño, menoscabo o privación de ganancia.

Consideramos que debe entenderse que toda lesión que se produzca sobre un bien patrimonial o extra-patrimonial genera un daño y debe ser indemnizado siempre y cuando el interés no sea ilícito; es decir, que todo interés lícito está protegido y cualquier lesión que sufra debe ser indemnizada.

El daño, como se ha planteado, es un elemento determinante de la responsabilidad civil, y para que de él se pueda derivar una indemnización de perjuicios y debe llenar unos requisitos, tales como que debe ser cierto, ser personal, y que el beneficio moral o económico que se perdió o que fue disminuido vaya contra el ordenamiento jurídico, esto es, no sea ilícito. Lo anterior por cuanto las formas de reparación se determina de acuerdo al delito que las origine. El eminente español CONSTANCIO BERNALDO DE QUIROS, nos ilustra al respecto diciendo sobre el daño: " En primer lugar, la devolución de la cosa o cosas sobre las que ha ejercido su acción el delito.

Este efecto se da singularmente en el hurto, en los delitos contra la propiedad; la vida en el homicidio; la salud en las lesiones personales; la honra en la difamación; la honestidad en el estupro pues son irreparables una vez perdidas y a lo sumo procederá respecto de ellas una indemnización". (5)

2.2.1.2. Características del daño o perjuicio

El daño, para que sea indemnizable, debe tener ciertas características: no basta que se produzca un perjuicio patrimonial o moral en cabeza de alguien para que éste pueda demandar reparación. La acción está subordinada al lleno de algunos requisitos. Esas limitaciones están determinadas no solo en consideración al perjuicio mismo, sino a la calidad jurídica de las personas que lo sufren.

En cuanto a las condiciones del perjuicio indemnizable, decimos que éste debe ser cierto y que la persona que reclama la indemnización debe ser la misma que resultó perjudicada, aunque el bien lesionado no fuere de su propiedad, o no fuere su propia integridad personal la que se vio lesionada finalmente, el beneficio moral o económico que se ve disminuido o suprimido debe estar protegido por el orden jurídico, si es que se pretende obtener su reparación.

Algunos dicen que, fuera de las características anteriores el perjuicio debe ser directo y actual, sin embargo, esas notas en sentido estricto no hacen parte esencial del daño. En efecto, cuando decimos que el perjuicio debe ser directo no estamos hablando más que del nexo causal.

(5) CALDERON CUELLAR, Carlos Alberto. La Acción Civil y la liquidación de Perjuicios en el Proceso Penal. Revista Colegio de Abogados Penalistas del Valle. 2001. Pág. 119.

Ahora, si ese nexo causal no existe, es decir, si el daño no es directo, simplemente para efectos de la responsabilidad civil que se estudia, en un caso concreto, el daño es inexistente.

En lo que concierne a la actualidad del daño, la doctrina y la jurisprudencia, son unánimes en considerar que el perjuicio futuro a condición de que sea virtual y no meramente hipotético, es indemnizable, por lo tanto, no hay razón para exigir que sea actual.

De otro lado, en tratándose de amenaza por daño contingente, nuestro código civil, a diferencia del francés, contiene en su artículo 2359 la denominada acción popular, según la cual la parte interesada pueda pedir la protección del Estado con el fin de que se suprima la actividad que probablemente, de continuar, producirá un perjuicio. No se trata de un perjuicio futuro, sino contingente; pero por lo mismo, incierto e inactual: la función de la acción es meramente preventiva y no indemnizatoria, ahora, la amenaza de daño sí debe ser actual e importante.

De allí que el contenido de la norma 2359 del código civil sea el siguiente:

"Por regla general se concede acción en todos los casos de daño contingente, que por imprudencia o negligencia de alguno amenace a personas indeterminadas; pero si el daño amenazare solamente a personas determinadas, solo alguna de éstas podrá intentar la acción". (6) (resaltado fuera de texto).

(6). Régimen Civil Colombiano. Legis. Bogotá. 2012

2.2.1.3. Clasificación del perjuicio

En Colombia, al tenor de lo dispuesto por el artículo 94 del código penal, los perjuicios que se pueden reclamar como consecuencia de un delito se han clasificado en materiales y morales.

En otros países, Italia por ejemplo, los perjuicios se dividen en *patrimoniales* y *extra patrimoniales*. Los primeros incluyen todo lo que afecta los intereses económicos y los segundos lo que afecta otra clase de intereses, entre los cuales se incluyen los dolores físicos, los psíquicos o emocionales, los fisiológicos, etc. que no encajan exactamente en los conceptos de materiales y morales.

Por eso en Colombia se han entendido como materiales aquellos perjuicios de contenido eminentemente patrimonial y como morales los demás, esto es, los que corresponden en otra terminología a los extra patrimoniales.

El código civil en sus artículos 1613 y 1614 se refiere a los perjuicios materiales en la responsabilidad contractual y esas normas se han venido aplicando en todos los estatutos procesales para efectos de su liquidación.

Artículo 1613 del código civil establece: Indemnización de perjuicios.

"La indemnización de perjuicios, comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.

Exceptuándose los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente". (7) (resaltado fuera de texto).

Artículo 1614 del código civil dispone: Daño emergente y lucro cesante.

"Entiéndase por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento". (8) (resaltado fuera de texto).

Ninguna norma en el código civil, ni del código de procedimiento civil, ni de estatuto diferente al código penal regula la forma de evaluar los perjuicios morales, por este motivo muchos tratadistas sostenían que los perjuicios morales no se indemnizaban sino cuando eran consecuencia de un delito. Sin embargo, el artículo 1006 del código de comercio los menciona en el contrato de transporte, aunque no establece el mecanismo para evaluarlos, abriendo así la posibilidad de liquidarlos en las reclamaciones indemnizatorias que se fundamentan en los contratos civiles o comerciales, actos de comercio y reconociéndolos en los procedimientos civil, laboral, contencioso administrativo, cuando se presente un daño personal.

2.2.1.4. Tasación de los perjuicios

Conforme al inciso final del artículo 42 del código de procedimiento penal la indemnización debe efectuarse de conformidad con el avalúo pericial salvo

(7) Régimen Civil Colombiano. Legis. Bogotá.2012

(8) Ídem.

que entre perjudicado y el procesado o imputado exista acuerdo sobre el monto de la reparación, pero se debe tener en cuenta que si el mismo ofendido bajo juramento tasa los perjuicios, estos serán tenidos en cuenta o en caso contrario se procederá a su determinación por medio de un experto en la materia designado por el funcionario del conocimiento.

Se tiene entonces, que si entre las partes interesadas en el tema de la reparación de perjuicios hay acuerdo sobre el monto, ocurrido este debe decretarse, según el momento en que ello ocurre, resolución inhibitoria, preclusión de la investigación o cesación de procedimiento.

Ahora bien, puede acontecer que exista una dificultad entre las partes para fijar el monto de los perjuicios, ya porque el perjudicado no esté de acuerdo con el monto propuesto por el llamado a indemnizar, o que el monto de la indemnización solicitado por el perjudicado no sea aceptado por el imputado o procesado; en cualquiera de estos casos, debe el funcionario judicial designar un perito que efectúe el correspondiente avalúo, quien deberá ajustarse a los parámetros establecidos no sólo en el estatuto de procedimiento penal sino en el procesal civil, en especial el artículo 495 código de procedimiento civil mediante la figura del juramento estimatorio si no figuran en título ejecutivo; ya que de su presentación depende que los sujetos procesales lleguen a un acuerdo, o en caso contrario, se prosiga la investigación, y en caso de emitirse un fallo adverso por este monto será el condenado obligado a pagar.

2.2.1.5. Indemnización de los perjuicios

Se han tenido como generadores de perjuicios materiales, daños que tienen implicaciones en el patrimonio económico de la persona perjudicada sean personales o patrimoniales. Los daños, aunque sean personales pero con implicaciones económicas se han incluido en el concepto de materiales.

La lesión económica o patrimonial puede manifestarse en dos formas distintas: Una activa compuesta por lo que sale del patrimonio del perjudicado para atender las consecuencias del daño, que se han denominado *daño emergente*, (el gasto inmediato que debe sufragar el perjudicado para atender las consecuencias del hecho dañoso) y una pasiva compuesta por lo que deja de ingresar al patrimonio del perjudicado como consecuencia del hecho dañoso, que se ha denominado *lucro cesante* (la suma de dinero que el perjudicado deja de percibir en el futuro a partir de la ocurrencia del daño producido con el delito). Por eso los perjuicios materiales se han dividido en esos dos grupos. Lo que sale y lo que deja de entrar en el patrimonio del perjudicado.

2.2.1.6. Daño emergente

El artículo 1613 del código civil lo define así: "*Entiéndase por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haber cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente o de haberse errado su cumplimiento*". (9) (resaltado fuera de texto).

Claramente se observa que esa definición tiene una íntima relación con la responsabilidad contractual, por ser la única norma en el conjunto legislativo colombiano que lo define y regula.

(9) Régimen Civil Colombiano. Legis. Bogotá. 2012.

Hay daño emergente cuando un bien económico (dinero, cosas, servicios) salió o saldrá del patrimonio de la víctima.

Por lo tanto, conforman el daño emergente todas las sumas de dinero que salen del bolsillo o patrimonio del perjudicado para atender los gastos que originan las consecuencias del hecho delictual.

Pueden surgir no solo cuando se ocasionan daños personales, es decir, se afecta la vida o la integridad de las personas que tienen que atender a los gastos de su recuperación, sino también cuando se afectan bienes muebles o inmuebles del perjudicado o su patrimonio económico en general.

Cuando se atenta contra la vida, el daño emergente está representado por los dineros necesarios para atender las consecuencias del hecho dañoso ya sea doloso o culposo. Todo lo que haya que pagar por los gastos de la clínica, hospitales, médicos, cremación, inhumación o traslado del cadáver, honras fúnebres, tumbas, lápidas, etc., hacen parte del daño emergente.

Cuando se atenta contra la integridad de la persona física o psíquicamente, como en el caso de las lesiones personales o cuando se atenta contra la vida y la persona no muere inmediatamente sino que requiere cuidados hospitalarios y médicos. El daño emergente está constituido por todos los gastos que deban cubrirse por servicios médicos, hospitalarios, clínicos, enfermeras, paramédicos, aparatos ortopédicos, dentales, fisioterapia, lentes o correctivos del órgano de la visión, etc.

Si se atenta contra los bienes muebles o inmuebles, el daño emergente está constituido por las sumas de dinero que se invierten en colocar el bien en las

mismas condiciones de productividad en las que se encontraba antes del daño. Por lo tanto, conforman el daño emergente lo que se invierta en repuestos, mano de obra y demás, para volver a colocar el bien en las mismas condiciones de operabilidad o productividad en que se encontraba antes del delito. Si el bien se destruye o desaparece se considera como daño emergente el valor de reposición del mismo, en consecuencia, es inexacto identificar el daño emergente con los perjuicios pasados.

2.2.1.7. Lucro cesante

De acuerdo con el código civil y según el artículo 1614, el lucro cesante lo conforman las sumas de dinero o beneficios que dejan de ingresar al patrimonio económico del perjudicado como consecuencia del delito. La norma lo define así:

"Por lucro cesante se entiende la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, cumplido imperfectamente o retardado su cumplimiento". (10) (resaltado fuera de texto).

Hay entonces lucro cesante cuando un bien económico que debía ingresar en el curso normal de los acontecimientos, no ingresó ni ingresará en el patrimonio de la víctima. De la misma manera es inexacto identificar este tipo de perjuicio o daño, con los daños futuros.

(10) Régimen Civil Colombiano. Legis. Bogotá. 2012.

Si se suprime la vida, el lucro cesante se presenta para las personas que dependían económicamente de la persona muerta y se concreta en las sumas de dinero que los perjudicados dejarán de percibir por la muerte de quien los atendía, lo cual conlleva un perjuicio para quienes de éste dependían, pues claro está que desapareciendo el vínculo económico, necesariamente el daño es latente.

Es bueno recordar que fue el Tribunal de Medellín, al parecer el pionero en lo que a la materia se refiere, inicialmente utilizó las tablas del profesor EGIDIO GARUFFA, para efectos de la liquidación, resultando de gran acogida a nivel nacional por la Honorable Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado, Tribunales y demás autoridades jurisdiccionales, en dicho sistema se tiene en cuenta el monto del daño, y este es multiplicado por un interés técnico más la corrección monetaria, resultado que es multiplicado por el tiempo de vida de la víctima o época productiva de la misma, lo cual generaba el total a pagar.

En las lesiones personales, conforman el lucro cesante las sumas de dinero que el perjudicado deja de recibir como consecuencias de un accidente.

Si el daño se da en un bien mueble o inmueble, el lucro cesante se liquida teniendo en cuenta su productividad. Así, por ejemplo, un taxista sufre la destrucción o daño de su vehículo y requiere llevarlo a un taller durante sesenta días para su reparación. Los beneficios económicos que deja de recibir mientras el vehículo está fuera de servicio conforman el lucro cesante. En igual forma se liquidará en los delitos que se relacionan con bienes productivos.

Tampoco se puede olvidar que el artículo 278 del código de procedimiento penal establece el *juramento estimatorio*, al igual que el artículo 495 del código de procedimiento civil, como medio para evaluar la cuantía y el monto de la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados en los delitos contra el patrimonio económico, como serían el hurto en todas sus manifestaciones, simple con circunstancias de agravación, la estafa, defraudaciones, usurpación y contravenciones. Esa cuantificación que hace bajo juramento el perjudicado puede incluir tanto el daño emergente como el lucro cesante de los perjuicios materiales, no obliga al funcionario sino que lo habilita para aceptar o no la cuantificación que hace el perjudicado; por ello, que se recomienda interrogarlo ampliamente sobre las circunstancias que permitan al funcionario darle credibilidad a sus afirmaciones, como el valor de compra, la fecha de adquisición, el estado de funcionamiento en que se encontraba, si le daba oportunamente mantenimiento, a que actividad lo dedicaba, cuanto le producía diaria o mensualmente, cuál era su costo en el momento del hecho delictual, etc. Si encontrare ajustado a la realidad, el monto fijado por el perjudicado lo aceptará. Si es objetado por alguna de las otras partes durante la etapa de la instrucción, designará perito para la evaluación y si lo convence el dictamen fijará el monto de esos perjuicios en atención a lo dispuesto por el artículo 56 del código de procedimiento penal, el que es del siguiente tenor: Sentencia condenatoria y pronunciamiento sobre los perjuicios:

"En todo proceso penal en que se haya demostrado la existencia de perjuicios provenientes del hecho investigado, el Juez procederá a liquidarlos de acuerdo a lo acreditado en la actuación y en la sentencia condenará al responsable de los daños causados con la conducta punible. Además, se pronunciará sobre las expensas, las costas judiciales y las agencias en derecho, si a ello hubiere lugar.

Cuando se haya intentado la acción popular y ésta prospere, el Juez en la sentencia condenatoria deberá señalar el monto de los perjuicios colectivos ocasionados por la conducta punible.

Cuando en la sentencia se condene al pago de indemnización colectiva se ordenará la constitución de un fondo conformado por el importe de la misma, administrado por el defensor del pueblo y destinado al restablecimiento de los daños causados con la infracción.

En los casos de perjuicios no valorables pecuniariamente, la indemnización se fijará en la forma prevista en el código penal.

Cuando obre prueba de que ofendido ha promovido independientemente la acción civil, el funcionario se abstendrá de condenar al pago de perjuicios. En caso de hacerlo, será ineficaz la condena impuesta", (11) (resaltado fuera de texto).

En los delitos diferentes al patrimonio económico, especialmente en los que se relacionan con daños personales, el lucro cesante se fijará teniendo en cuenta la clase de delito.

Si se trata de lesiones personales, el lucro cesante estará conformado por las sumas de dinero que el perjudicado dejará de recibir durante el tiempo de su incapacidad.

Si se trata de la muerte de una persona, la esposa y los hijos recibirán como lucro cesante el equivalente a la pérdida de su pensión alimentaria para estos efectos se tendrá en cuenta la división que la jurisprudencia ha hecho del lucro cesante consolidado, cual es el que se origina entre el momento del daño y el momento del fallo y hasta el momento que terminaría la pensión alimentaria,

(11) Régimen Penal Colombiano. Legis. Bogotá. 2012.

que como sabemos, en el caso del cónyuge o de la compañera permanente es de por vida, y en el caso de los hijos hasta los 18 años o hasta los 25 si se trata de estudiantes de tiempo completo.

La edad y la productividad de la víctima serán elementos muy importantes para establecer el monto del lucro cesante.

2.2.1.8. Los perjuicios morales

Se consideran como tales, aquellos que afectan la esfera emocional del perjudicado. Ese deterioro puede originar diferentes consecuencias. En muchas ocasiones los complejos o secuelas emocionales de un hecho dañoso repercuten en el patrimonio económico del perjudicado y en ese caso las doctrinas nacionales y extranjeras los han denominado:

- Perjuicios morales objetivados: Por cuanto existe una lesión patrimonial que en principio, permitiría incluirlos dentro del concepto de lucro cesante de los perjuicios materiales; sin embargo la causa u origen permiten distinguirlos, ya que en los perjuicios morales objetivados la causa u origen es emocional, psíquico, en cambio en el lucro cesante la causa de la lesión patrimonial es físico, anatómica.

Pero la mayoría de las veces esa lesión emocional queda reducida única y exclusivamente al aspecto afectivo caso en el cual se les ha clasificado como:

- Perjuicios morales subjetivos: Para distinguirlos de los otros desde los romanos se ha denominado PRETIUM DOLORIS, o precio del dolor, los cuales se presentan cuando el perjudicado es afectado en sus sentimientos, en sus

relaciones afectivas: Cuando muere una persona, su cónyuge, sus hijos, se afectan desde el punto de vista emocional y afectivo. Esos son ejemplos claros de los perjuicios morales subjetivos o *pretium doloris*.

Como los perjuicios morales objetivados tienen implicaciones patrimoniales, su monto es de fácil evaluación. Un perito o el mismo funcionario judicial, pueden evaluar el monto de lo que ha dejado de ingresar al patrimonio del perjudicado por el impacto emocional sufrido. El vendedor que al quedar con una cicatriz en la cara como consecuencia de un delito de lesiones personales, pierde o reduce su capacidad de venta, ese complejo lo lesiona patrimonialmente y es fácil de evaluar su monto, pues, la falta de agresividad resultante del complejo, se traduce en una disminución de productividad que se establece comparando los ingresos del año inmediatamente anterior a la lesión con los ingresos del daño posterior a la misma.

Por el contrario, los perjuicios morales subjetivos o "*pretium doloris*" son de muy difícil valoración. No existe ningún mecanismo objetivo que permita su tasación, inclusive por eso estimaron algunos tratadistas, en épocas pasadas que como no eran tasables objetivamente no eran indemnizables.

En la legislación penal vigente el artículo 97 del código penal confiere al funcionario judicial la facultad de fijar los perjuicios derivados de la conducta punible a título de indemnización, sin distinguir entre materiales o morales, en una suma equivalente en moneda nacional, hasta mil salarios mínimos legales mensuales (1.000 S.M.L.M.).

Esa tasación se hará teniendo en cuenta factores como la naturaleza de la conducta y la magnitud del daño causado.

Los daños materiales deberán probarse en el proceso. Consagra así el arbitrio judicial, entendido como la facultad del funcionario para fijar su monto con justicia y equidad, esto es, que el funcionario podrá disponer el número salarios mínimos legales mensuales hasta mil, teniendo en cuenta los parámetros o directrices que la misma norma establece.

Por lo tanto, el funcionario al aplicar esa disposición deberá tener en cuenta que se evalúan unos perjuicios emocionales, afectivos, morales y por lo tanto analizará con detenimiento:

- Las modalidades de la infracción desde el punto de vista emocional, la naturaleza de la conducta, las circunstancias del tiempo, lugar y modo, que pueden aumentar el perjuicio de la víctima, las condiciones de la persona ofendida, es decir, que relaciones afectivas vinculaban al perjudicado con la víctima, si se trata del padre, cónyuge, hijo u otro pariente.
- Igualmente analizará la naturaleza del agravio, si se trata de unas lesiones personales leves o graves o de la muerte de una persona, el monto indemnizatorio será distinto y esa circunstancia es un elemento de juicio muy importante para que el funcionario fije el monto de la indemnización.
- Las consecuencias del agravio sufrido, si el daño ha roto definitivamente una relación afectiva o sólo se trata de una lesión parcial, si se trata de la muerte de un padre cuando el hijo ya había perdido a su madre, si era hijo único sus

padres quedarán afectivamente sin otras personas cercanas. En esos casos el máximo autorizado apenas si compensa el agravio sufrido.

- Si se trata de lesiones que dejan una cicatriz en la cara, la pérdida de un órgano, la imposibilidad para movilizarse, etc., la indemnización debe ser diferente a cuando deja otras secuelas o consecuencias de menor impacto.

El funcionario debe ser muy cuidadoso al utilizar los salarios mínimos legales mensuales como mecanismo de evaluación de los perjuicios morales o materiales, pero sobre todo los morales pues el amplísimo poder, el arbitrio que le ha conferido el legislador, lo obliga a actuar con mucha prudencia y cuidado para no caer en la tentación de la arbitrariedad, del subjetivismo, que puede dar pie a actuaciones injustas.

Pero como se trata de una facultad conferida exclusivamente al funcionario, es sólo él quien puede hacer uso de ella; por lo tanto, no es posible que los peritos evalúen los perjuicios morales subjetivos en ningún caso. El mecanismo que consagra el artículo 97 del código penal sólo puede ser utilizado por el funcionario judicial, sea Juez o Fiscal en los casos de la conciliación, de la aplicación del artículo 42 del código de procedimiento penal, del numeral séptimo del artículo 365 del mismo estatuto y el juez en el momento de la sentencia.

Lo anterior significa que cuando en el proceso no existan elementos de juicio suficientes para el funcionario fijar el monto de los perjuicios materiales podrá, a su arbitrio (que no es arbitrariedad) fijar un equivalente en salarios mínimos

legales mensuales teniendo en cuenta algunas circunstancias especiales para determinar su cuantía.

La naturaleza del hecho es determinante para fijar el monto de la indemnización por perjuicios materiales, que como se sabe incluye no solo el daño emergente sino además, el lucro cesante.

- Ocupación habitual del ofendido que será muy importante para los efectos del lucro cesante tanto en las lesiones personales como en el homicidio, pues sus ingresos son de fundamental importancia en la liquidación del lucro cesante tanto consolidado como futuro.

- La supresión o disminución de su capacidad productiva que será de vital importancia para la liquidación del lucro cesante, ya sea consolidado o futuro, pues si la lesión deja secuelas transitorias es muy diferente a si deja secuelas de por vida. Será muy diferente el número salarios mínimos legales mensuales si se trata de la pérdida de una mano, de un ojo, de una pierna, etc.

Recuérdese que se trata de perjuicios patrimoniales y por ello se deberán tener en cuenta las repercusiones económicas en la productividad del lesionado.

- Gastos ocasionados como consecuencia del hecho punible. Se tendrán en cuenta todos los gastos que se detallaron anteriormente como parte del daño emergente para establecer el número salarios mínimos legales mensuales en que se fijará la indemnización.

Como una creación de las jurisprudencias y doctrinas extranjeras y nacionales se ha incluido entre los daños indemnizables una clase o categoría nueva que muchos manejaban dentro del concepto de perjuicios morales; se han denominado *perjuicios fisiológicos*, que consisten en los daños que se ocasionan a la integridad fisiológica o funcional del organismo humano. Cuando a una persona se le causa una lesión en un riñón y deben extraérselo la persona no muere, sigue viviendo pero con un riñón menos. Igual puede decirse de un ojo, un oído, parte del estómago, parte del intestino, los órganos sexuales, etc.

Se cuestiona si esa persona merece o no una compensación económica por ese daño, dos teorías se han presentado como solución:

- La que sostiene que toda lesión a la integridad fisiológica o funcional debe indemnizarse sin tener en cuenta otras consecuencias.
- La que sostiene que para indemnizarse esa lesión fisiológica o funcional debe, además de la lesión o pérdida, perturbar el desarrollo normal de la vida del perjudicado, o haberlo privado de algunos de los placeres de la vida.

De acuerdo con la primera teoría la simple pérdida del órgano, la simple lesión a la integridad fisiológica o funcional del individuo genera la obligación de indemnizar. En la segunda, se exige que además el individuo no pueda seguir atendiendo sus actividades normales, como sería la de caminar cuando pierde las dos piernas o quede paralizado, como la de no volver a tener relaciones sexuales completas y satisfactorias por haber sufrido la pérdida total o parcial

de sus órganos o de su capacidad sexual, como la de no poder seguir ejerciendo su profesión de escritor, pintor o escultor o de ejercer la cirugía por haber perdido, como consecuencia del daño, los miembros superiores, las manos, los dedos, etc.

Estos perjuicios se presentan sólo cuando se trata de lesiones personales. No se dan en los casos de homicidio o de daños a las cosas.

En Colombia, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia han aceptado la segunda tesis, esto es que, además de la pérdida funcional o fisiológica de un miembro u órgano debe sufrir repercusiones en el desarrollo de la vida normal que cambiará a raíz del daño. Por eso el Consejo de Estado en la primera sentencia que aceptó la indemnización de esos perjuicios en Colombia, la dispuso en favor de una persona que perdió sus dos piernas y debió permanecer el resto de su vida en silla de ruedas.

En un caso posterior dispuso la indemnización a favor de una señora que acudió a una clínica para una operación cesárea y el médico decidió ligarle las trompas suprimiéndole su capacidad reproductora, la posibilidad de volver a tener hijos.

También se ha dispuesto en favor de una persona que, como consecuencia de un accidente de tránsito, perdió sus órganos sexuales masculinos y terminó así su vida sexual.

La forma de evaluación que se ha aceptado para estos perjuicios es la del arbitrio judicial y, al igual que los perjuicios morales subjetivos, corresponde al funcionario judicial fijar su monto. En los casos anteriormente citados se dispuso una condena de ocho millones de pesos por esa clase de perjuicios. En estos fallos se hicieron condenas independientes por perjuicios morales y por perjuicios económicos.

El Consejo de Estado, en la primera sentencia en que condenó su pago, concretó las diferencias entre las tres clases de perjuicios que se deben indemnizar en Colombia:

- Los materiales, que tienen un claro contenido patrimonial y económico.
- Los morales, que tienen un contenido emocional y afectivo.
- Los fisiológicos que se relacionan con la integridad fisiológica y funcional del ofendido y que lesiona su vida normal y placentera.

En la actualidad la jurisdicción contencioso-administrativa. Ha venido actualizando sus conceptos sobre los perjuicios fisiológicos en esa materia y se han producido memorables fallos que a no dudarlo cambiarán la jurisprudencia Colombiana.

2.2.2. Obligación de resarcimiento

El artículo 46 del código procesal penal (Ley 600/2000), es del siguiente contenido:

Quienes deben indemnizar. *"Están solidariamente obligados a reparar el daño y a resarcir los perjuicios causados por la conducta punible las personas que resulten responsables penalmente y quienes de acuerdo con la ley sustancial, deban reparar el daño". (12) (resaltado fuera de texto).*

Entonces, fuera de los penalmente responsables, individual o solidariamente, hay otras personas obligadas a la reparación de los perjuicios causados con dicha conducta punible, aún sin tener ninguna vinculación con el proceso penal, o sea aquellos a quienes el código civil obliga a responder por la conducta dañosa de las personas a su cargo y cuidado, como la de los dementes, hijos menores, pupilos, aprendices o dependientes.

Efectivamente, el artículo 94 del código penal establece que la conducta punible origina esa obligación de reparar los daños materiales y morales causados con ocasión de aquella, en concordancia con el artículo 96 de la misma obra.

2.2.3. Imputación o nexo causal

Debe existir certeza absoluta entre el hecho dañoso y el daño mismo, ya que podría presentarse la certidumbre del hecho, sin que se sepa a ciencia cierta cuales van a ser sus efectos; o se conocen sus efectos, pero no si ellos son producidos por un determinado hecho dañoso, o por otro.

En conclusión la causa del daño deberá ser actual y absolutamente cierta, como también deberá ser cierta la relación causal entre esa causa dañosa y el daño mismo.

(12) Régimen Penal Colombiano. Legis. Bogotá. 2012.

3. EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL POR INDEMNIZACIÓN INTEGRAL

3.1. CONCEPTO

Se trata de una figura relativamente nueva que pretende descongestionar la administración de justicia aplicando principios de victimología, y donde se busca sustancialmente, aparte de la celeridad procesal, que la persona ofendida con la conducta punible de otro, sea plenamente resarcida y no sólo quede la administración de justicia con la obligación de imponer pena aflictiva de la libertad, sino que busque los mecanismos necesarios para que el ofendido no vea burlados sus derechos patrimoniales, pues, muchas veces, al ofendido o víctima de una conducta punible, poco o nada le importa la pena impuesta al agresor, cuanto si, el valor de la indemnización por los perjuicios causados con la infracción, especialmente en los delitos contra la propiedad, y delitos de sangre.

3.2. SUJETOS PROCESALES

3.2.1. Los sujetos activos de la acción indemnizatoria

El artículo 45 del código procesal penal (Ley 600/2000), es del siguiente tenor:

"La acción civil individual o popular para el resarcimiento de los daños y perjuicios individuales y colectivos causados por la conducta punible, podrá ejercerse ante la jurisdicción civil o dentro del proceso penal, a elección de las personas naturales o jurídicas perjudicadas, por los herederos o sucesores de aquellas, por el Ministerio Público o por el actor popular cuando se trate de lesión directa a bienes jurídicos colectivos. En éste último evento, solo podrá actuar un ciudadano y será reconocido quien primero se constituya. El actor

popular gozará del beneficio de amparo de pobreza de que trata el código de procedimiento civil.

Si el titular de la acción indemnizatoria no tuviere la libre administración de sus bienes y optare por ejercerla en el proceso penal, se constituirá en parte civil mediante demanda presentada por su representante legal. (13) (resaltado fuera de texto).

3.2.2. Los sujetos pasivos de la obligación indemnizatoria

Según el art. 46 del código de procedimiento penal (Ley 600/2000):

"Están solidariamente obligados a reparar el daño y a resarcir los perjuicios causados por la conducta punible las personas que resulten responsables penalmente y quienes, de acuerdo con la ley sustancial, deban reparar el daño". (14) (resaltado fuera de texto).

Reparar, según el diccionario de la lengua Española de la Real Academia, significa en su acepción más común, componer, aderezar o enmendar el menoscabo que ha padecido una cosa; resarcir según la misma obra, significa indemnizar, reparar, compensar el daño, perjuicio o agravio, de modo que son conceptos sinónimos, entendiendo que la enunciación que de ellos hace el art. 45 del código de procedimiento penal no implica una diferencia de los mismos, sino un exaltamiento de parte del legislador de la necesidad de reparar el agravio ocasionado con el delito a una persona particularmente considerada.

(13) Régimen Penal Colombiano. Legis. Bogotá. 2012.

(14) Ídem.

3.3. REQUISITOS PROCESALES

3.3.1. Reparación integral de los perjuicios

La adopción de la medida en cuestión, puede operar aún sin contar con el concurso de la voluntad de la víctima del delito, toda vez que basta que los perjuicios ocasionados con el delito hayan sido objeto de cuantificación pecuniaria mediante avalúo pericial y que se efectúe el pago de la totalidad de la indemnización.

Señala el artículo citado, que la indemnización integral extingue la acción penal, pero nada dice la norma respecto a la acción civil, pudiéndose pensar que si lo que determina la extinción de la acción penal es una actuación propia del derecho civil, cual es el pago, la acción de esta clase con mayor razón ha de extinguirse.

Esta inquietud como se anotó, se podría contestar afirmativamente, en cuanto que el pago es extintor de obligaciones; sin embargo a consideración de algunos tratadistas, tal respuesta no parece tan contundente cuando, por ejemplo, la víctima del delito no se ha constituido en parte civil dentro del proceso penal. Es más, surge para ellos la inquietud de si es posible se profiera preclusión de investigación o cesación de procedimiento por indemnización integral cuando la víctima del delito no ha recibido la indemnización.

Es requisito que la víctima reciba la indemnización para que pueda extinguirse la acción penal?

Sobre este tema del pago integral de la indemnización, sostiene el profesor Bernal Cuellar: "No es procedente la terminación del proceso cuando, existiendo varios titulares de la acción civil, solo se cubre la indemnización con relación a uno de ellos. La expresión integral tiene una connotación exacta, en cuanto requiere que se satisfaga la indemnización integral con relación a todos los perjudicados que demuestren la titularidad para proponer pretensión económica". (15)

Creo que al hablarse de indemnización integral se está haciendo hincapié en la necesidad de reparar todos los daños provenientes del delito y de resarcir los mismos, concepto dentro del cual necesariamente comprendidos todos los perjudicados.

3.3.2. Que el beneficiario de la extinción de la acción penal, no haya sido favorecido con preclusión de la investigación, resolución inhibitoria, o cesación por este motivo, dentro de los cinco años anteriores.

Al imponer el legislador el término de cinco años, lo que buscó fue evitar que las personas hicieran del delito una profesión y que cada vez que fueran sorprendidos pudieran indemnizar y acceder a la terminación del proceso.

Este control lo lleva la Dirección Seccional de Fiscalía de Risaralda, donde cada funcionario a quien se le solicite dar la aplicación a la mencionada norma debe consultar, y con ello determinar si es procedente o no precluir una investigación teniendo en cuenta ese presupuesto; así mismo, debe informar toda preclusión que se dé como consecuencia de la indemnización integral de perjuicios.

(15) BERNAL CUELLAR, Jaime. MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. El Proceso Penal. Panamericana Formas e Impresiones. Cuarta Edición. Pág. 455. 2001.

3.3.3. Que el monto de la indemnización haya sido establecido de conformidad con avalúo pericial, salvo que exista acuerdo sobre el mismo.

Ello significa que si las partes no logran ponerse de acuerdo, el funcionario judicial deberá designar un perito que haga el correspondiente avalúo.

3.3.4. Que se trate de delitos de los mencionados en el artículo 42 de código de procedimiento penal.

Están expresamente consagrados en el artículo 42 del código de procedimiento penal los delitos en los que puede darse extinción de la acción penal por indemnización integral de los perjuicios, siendo ellos:

- El homicidio culposo y las lesiones personales culposas: Siempre y cuando no concurra alguna de las causales de agravación punitiva contenidas en los artículos 110 y 121 del código penal, es decir, que quienes conduzcan bajo los efectos del alcohol, marihuana, cocaína, metacualona, hachís, bazuco, morfina, y heroína, entre otras, no podrán acogerse a este beneficio. El procesado que abandona el lugar de los hechos sin justa causa, tampoco podrá gozar de este beneficio.
- Lesiones personales dolosas con secuelas transitorias, de donde se deduce que cualquier secuela permanente impide el disfrute de este beneficio. Este tipo penal fue introducido por el artículo 42 de la Ley 600 de 2000.

- En los delitos contra el patrimonio económico: Siempre y cuando se trate de delitos cometidos sin violencia, o sea que se exceptúa el hurto calificado y la extorsión. Inicialmente para evitar que se beneficiaran con esta institución procesal quienes atentaban contra bienes de un valor considerable, se limitó la cuantía a 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la comisión; pero este límite fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en Sentencia C84 de julio 6 de 2000 por considerar que se atentaba contra el derecho a la igualdad, en consecuencia, toda persona sindicada de un delito de hurto simple puede ser beneficiada con la extinción de la acción penal si paga la indemnización correspondiente.

La frase "cuando la cuantía no exceda de los doscientos salarios mínimos mensuales" que fue reproducida textualmente en el artículo 42 de la ley 600 de 2000 fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C ^60 de julio 18 de 2001, por lo tanto, ya no opera la limitación de los 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes, hoy en día todos los procesados por delitos contra el patrimonio económico cometidos sin violencia, que indemnicen integralmente los perjuicios causados, podrán solicitar la extinción de la acción penal.

- Delitos contra los derechos de autor: Tipo penal incluido por la ley 600 de 2000. Cabe resaltar que el inciso segundo del artículo 42 del código de procedimiento penal exceptúa el tipo penal de violación a los derechos morales de autor, defraudación a los derechos patrimoniales de autor y violación a sus mecanismos de protección.

4. LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES EN FAVOR DE LOS PERJUDICADOS CON EL DELITO

La Constitución de 1991 está enmarcada en las que se inclinan por proteger más eficazmente los derechos que consagra, facilitando mecanismos que hagan efectiva esa protección a los perjudicados con hechos dañosos a fin de que sean resarcidos o indemnizados por los daños o perjuicios ocasionados.

Veamos someramente algunas de esas normas:

El artículo 1 ° define al Estado colombiano como un *estado social de derecho*, afiliándose así a las nuevas concepciones político - filosóficas que orientan a la mayoría de los países del área occidental. Ya no es el individualismo absoluto que implantó la revolución francesa, ni el comunismo o el socialismo que fracasó políticamente, ni el exagerado intervencionismo de Estado que paralizó la iniciativa privada, sino una nueva concepción del individuo como componente de un grupo social. No es el individuo, como rey absoluto de la creación, sino el individuo analizado dentro de un contexto social. No es el egoísta que pretende disfrutar de libertades y derechos absolutos sino el que vive y se desarrolla dentro de un grupo donde debe sacrificar parte de su libertad y de sus derechos en busca de la armonía con los demás.

Cuando el hombre decide vivir en comunidad sacrifica parte de su libertad y de sus derechos, pues si quiere ser real y absolutamente libre debe vivir solo, aislado y alejado de la civilización, por eso la nueva concepción del Estado colombiano de *Estado social de derecho* es la concreción de una filosofía que destaca y defiende al individuo como componente de un grupo, de allí el

calificativo de social. Esto indica que el Colombiano debe actuar y defender sus derechos, pero respetando los demás componentes del grupo social y cuando los violenta o desconoce asume las consecuencias previstas.

El artículo 2º. señala como uno de los fines esenciales del Estado colombiano, *garantizar la efectividad de los principios y derechos* que consagra la constitución. Garantizar, debe entenderse como la obligación de respetar y hacer respetar los derechos que allí se consagran y si por cualquier motivo son desconocidos, establecer los mecanismos necesarios para que sean reparados o resarcidos. De allí que todos los mecanismos procesales, judiciales, deben encaminarse a facilitar y lograr efectivamente la indemnización de los daños y perjuicios que se le ocasionan a quien se le lesionan o desconocen sus derechos.

En desarrollo de ésta disposición se expidió la Ley 270 de 1986 Estatutaria de la Administración de Justicia, que en su artículo 10. establece: "La administración de justicia es la parte de la función pública que cumple el Estado encargada por la Constitución Política y la ley de *hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagrados en ellas*, con el fin de realizar la convivencia social y lograr mantener la concordia nacional." (Resaltado fuera de texto)

El inciso primero del artículo 2º de la Constitución Nacional establece que las *autoridades de la República* están instituidas para *proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades*. La obligación de las autoridades Colombianas,

ya sean administrativas, legislativas, judiciales, es la de brindar oportuna y efectiva protección a los derechos de las personas. Cuando estos derechos son vulnerados y desconocidos, las autoridades deben aplicar los mecanismos necesarios para que, quienes sean burlados en sus derechos, puedan ser resarcidos y/o compensados, por la falta de efectividad en la protección de los derechos por parte de las autoridades y del Estado Colombiano.

El artículo 88 consagra las *acciones populares*, en busca de la protección a los derechos colectivos relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad pública, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza. La misma disposición ordena a la ley regular las acciones de las cuales deben disponer los colombianos cuando se presentan hechos o daños que afectan a un número plural de personas, dejando vigentes las acciones particulares que cada uno pueda tener para su reclamación. Se pretende facilitar así, la petición de la indemnización por parte de las personas que resulten afectadas en un número plural, pues los mecanismos existentes no son suficientes para lograr ese cometido, crear mecanismos ágiles, efectivos, rápidos que permitan la indemnización de los perjuicios ocasionados.

El artículo 95 es de vital importancia en el cambio del constituyente colombiano en favor del perjudicado con hechos dañosos, sean o no delictuales. Reza así en alguno de sus apartes: *"El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta constitución implica responsabilidades."* y agrega más adelante: *"...son deberes de las personas y del ciudadano: Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios."*

El artículo 250 de la Constitución Nacional crea y organiza la *Fiscalía General de la Nación* como institución para combatir la impunidad, una de las manifestaciones más protuberantes de la crisis de la Justicia Colombiana, y en su numeral 1º, entre las funciones que le fija, establece: "...*Tomar las medidas necesarias para hacer efectivo el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios ocasionados con el delito.*" y en el numeral 4º; "*Velar por la protección de las víctimas, testigos e intervinientes en el proceso*".

En síntesis, consagró en este artículo tres derechos constitucionales en favor de las víctimas o perjudicados con el delito como son: *El restablecimiento del derecho, la indemnización de los daños y perjuicios y la protección física y asistencial por parte de los organismos del Estado*, concretamente la Fiscalía General de la Nación.

Estos principios constitucionales han sido desarrollados dentro del código de procedimiento penal en innumerables artículos, cuyo análisis y desarrollo constituirían el motivo para otro trabajo investigativo arduo. Puede concluirse que en lo que a indemnización de los perjuicios ocasionados con el delito se refiere, nuestra normatividad es amplia y suficiente para garantizar los derechos de los afectados.

4.1. FACULTAD DEL PERJUDICADO PARA ESCOGER LA VÍA A SEGUIR

El artículo 25 del estatuto penal colombiano establece que toda conducta punible origina acción penal y puede originar entre otras, acción civil.

Si se analizan la norma transcrita en concordancia con el artículo 45 del mismo estatuto, se llega a la conclusión de que el delito da nacimiento a dos acciones: la penal y la civil.

Son dos acciones diferentes pero su declaratoria puede corresponder a una sola jurisdicción si el perjudicado así lo decide, por eso cuando la víctima o el perjudicado deciden adelantar la acción civil dentro del proceso penal, el funcionario penal, ya sea Fiscal o Juez adquieren competencia para adelantar conjuntamente las dos acciones que se originaron con el mismo hecho.

Igualmente, el ofendido puede por la vía civil exigir el resarcimiento de los perjuicios ocasionados con el hecho dañoso, tema que no es motivo de análisis en el presente trabajo, pero debe quedar claro que el ofendido puede acudir a la jurisdicción civil o penal para lograr el pago de perjuicios, excluyendo una de ellas en caso de intentarse esta.

Nuestro código procesal penal, dentro de los artículos 45 a 55 contempla todo lo que tiene que ver con la constitución de parte civil dentro del proceso penal, sobre titularidad, procedimientos y requisitos. El artículo 56 trata de la liquidación de los perjuicios y el artículo 60 sobre embargo y secuestro de bienes como medidas cautelares para garantizar el pago de los mismos.

La constitución de parte civil dentro del proceso penal se puede intentar en cualquier momento, a partir de la resolución de apertura de investigación y

hasta antes que se profiera sentencia de única o segunda instancia, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 47 del mismo código.

5. TITULARES O BENEFICIADOS CON LA EXTINCIÓN DE LA ACCION PENAL

Conforme al artículo 45 del estatuto procedimental penal, la acción civil ya sea individual o popular para lograr el resarcimiento de los perjuicios y daños ocasionados con el hecho punible, podrá ejercerse por las personas naturales ó jurídicas perjudicadas, sus herederos o sucesores, el Ministerio Público o el actor popular cuando se afecten intereses colectivos. Si el titular de la acción no tiene la libre administración de sus bienes, y optare por ejercerla en el proceso penal, se constituirá en parte civil mediante demanda presentada por el Representante Legal, quien debió haber sido designado con las formalidades legales vigentes, si el incapaz careciere de representante legal, o este estuviese ausente o impedido o se presente conflicto entre sus progenitores cuando aquél estuviere sujeto a patria potestad, se le designará curador ad-litem, el cual es designado por el funcionario judicial que conozca del proceso.

En general toda persona natural o jurídica afectada directamente en su patrimonio económico o moral, puede obtener la indemnización de los perjuicios que se le causen con el delito, dentro del proceso.

5.1. EL IMPUTADO, SINDICADO O PROCESADO Y SU DEFENSOR

Compartiendo el criterio de que la investigación puede terminar ante la indemnización integral de perjuicios, aún en la etapa de investigación previa el imputado, sindicado o procesado y su defensor si está autorizado para ello.

5.2. EL TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE

Estando el tercero civilmente responsable obligado a indemnizar por actos, hechos o conductas de personas ajenas que han ocasionado daño respecto de las cuales existía una obligación de vigilancia y control, resulta apenas lógico que pueda indemnizar los perjuicios ocasionados con el hecho delictivo, según lo dispone el artículo 96 de código penal.

O sea que el tercero civilmente responsable, como su nombre lo indica, teniendo una responsabilidad civil frente a los perjuicios ocasionados por el delito, está legitimado para acceder al pago de los mismos logrando así los efectos que de ello se desprenden, como sería la preclusión de la investigación por indemnización integral. Ver art. 2347 del código civil.

5.3. EL AGENTE OFICIOSO

Conforme al art. 2309 del Código Civil: "*El que administra un negocio ajeno contra la expresa prohibición del interesado no tiene demanda contra él, sino en cuanto esa gestión le hubiere sido efectivamente útil y existiera la utilidad al tiempo de la demanda, por ejemplo, si de la gestión ha resultado la extinción de una deuda que, sin ella, hubiere debido pagar el interesado*". (16) (resaltado fuera de texto).

Puede ocurrir que alguien efectúe el pago de la indemnización con el consentimiento de quien está obligado a ello, en cuyo evento sería aplicable el artículo 42 del código de procedimiento penal.

(16) Régimen Civil Colombiano. Legis. Bogotá. 2012.

Existen diversos criterios entre estudiosos del tema, respecto de que si cualquier persona puede en nombre del sujeto agente, efectuar el pago de la indemnización, para buscar que la persona se beneficie de la aplicación del artículo 42 del código de procedimiento penal.

Según el doctor Vicente Emilio Gaviria Londoño, aunque estemos frente a una institución de contenido eminentemente económico o patrimonial, no debe olvidarse que ella tiene efectos penales y que estos, a diferencia de los civiles, son intransferibles y personalísimos.

Pone un ejemplo para establecer qué tan admisible puede resultar la aceptación de la agencia oficiosa en este tipo de eventos:

"Juan es sindicado de haber estafado a sus socios en cuantía de 15.000.000.00, Luis, tío de Juan y amigo de los socios de su sobrino, a efectos de no deteriorar las buenas relaciones amistosas que pre existían a la imputación criminal y buscando que su sobrino no deba soportar las vergüenzas propias de tal situación, decide pagar la suma indicada más otra adicional para resarcir el daño. Los socios de Juan aceptan la indemnización y así lo certifican con base en lo cual Luis solicita la terminación de la actuación judicial por reparación integral del daño".

Será válido dicho pago, o mejor aún, deberá disponerse la terminación de la actuación judicial, al resultar que Juan, quien jura su inocencia y alega que todo es un montaje de sus socios para desprestigiarlo y sacarlo de la sociedad, tiene interés en que se adelante el proceso penal para que dentro de él, se establezca la verdad y para que, una vez ello ocurra, se inicie investigación penal por falsa denuncia contra persona determinada, donde él buscará,

constituyéndose en parte civil, se le indemnicen los perjuicios ocasionados con la falsa imputación.?

5.4. OFICIALMENTE EL FUNCIONARIO JUDICIAL

Conclusión apenas elemental, pues al parecer establecida la causal objetiva de improcesabilidad, con las advertencias anteriores, es deber del funcionario judicial proferir resolución inhibitoria, de preclusión de investigación o auto de cesación de procedimiento, además derivada de su función y obligación constitucional y legal de buscar el restablecimiento del derecho de los perjudicados.

6. OPORTUNIDAD PARA DAR APLICACIÓN A LA EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL POR INDEMNIZACIÓN INTEGRAL

Según los términos de la disposición citada, la terminación del proceso por reparación integral del daño causado, podrá tener lugar en cualquier momento, durante la etapa de instrucción o durante la etapa del juzgamiento.

Es así como el artículo 42 del código de procedimiento penal refiere la terminación en virtud de preclusión de la investigación o cesación de procedimiento, lo que ocasiona interpretaciones diversas, el doctor Bernal Cuellar afirma: "De conformidad con lo previsto en el artículo 7 de la ley 81 de 1993, que modificó el artículo 39 del código de procedimiento penal, solo puede pretenderse la terminación del proceso por pago integral durante la etapa de instrucción o de juzgamiento. Se excluye la etapa de investigación previa...". (17)

Otros tratadistas consideran, por el contrario, que la figura puede aplicarse en cualquier momento incluyendo la etapa de investigación previa y hasta que quede en firme la sentencia: "...la terminación del proceso por indemnización integral, al igual que sucede con la conciliación, son institutos que no solo buscan descongestionar los despachos judiciales, sino que, ante todo, propenden por darle operatividad al principio de restablecimiento del derecho (artículo 21 código de procedimiento penal), en virtud del cual es válido predicar que la actuación judicial no puede tener como único "norte" el procurar se defina una responsabilidad de carácter penal, sino buscar que cesen en lo posible los efectos creados con la realización del comportamiento delictivo".

(17) BERNAL CUELLAR, Jaime. MONTEALEGRE LYNETT. Eduardo. Proceso Penal Panamericana Formas e Impresiones. Cuarta Edición. Pág. 467. 2001.

6.1. EN LA INVESTIGACIÓN PREVIA

Legalmente, nada impide que en esta etapa se pueda llegar a la reparación y obviamente por medio de la indemnización.

6.2. EN LA INSTRUCCIÓN

Conforme se viene haciendo, en esta etapa también es procedente.

7. TIPOS PENALES QUE ADMITEN LA EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL POR INDEMNIZACIÓN INTEGRAL

Como se indica al principio de este capítulo, son varios los grupos de delitos que admiten la terminación de la actuación por indemnización integral, cada uno de los cuales con expresas excepciones, de los que nos ocuparemos a continuación:

7.1. LOS DELITOS QUE ADMITEN DESISTIMIENTO

Son todas aquellas conductas que requieren querella de parte como condición de procedibilidad, en consecuencia, como lo establece el artículo 37 son desistibles y se encuentran contemplados en el artículo 35 de la misma obra.

7.2. EL HOMICIDIO CULPOSO Y LAS LESIONES PERSONALES CULPOSAS

El homicidio culposo y las lesiones personales culposas cuando no concorra alguna de las circunstancias de agravación punitiva consagradas en los artículos 110 y 121 del código penal.

7.3. EN LAS LESIONES PERSONALES DOLOSAS CON SECUELAS TRANSITORIAS

7.4. EN LOS DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO ECONÓMICO.

- Hurto simple y agravado
- Hurto de Uso
- Hurto entre condueños
- Alteración, desfiguración y suplantación de marcas de ganado
- Estafa

- Fraude mediante cheque
- Abuso de confianza
- Abuso de circunstancias de inferioridad
- Aprovechamiento de error ajeno o caso fortuito
- Alzamiento de bienes
- Disposición de bien propio gravado con prenda
- Usurpación de tierras
- Usurpación de aguas
- Invasión de tierras o edificios
- Perturbación de la posesión sobre bien inmueble
- Daño en bien ajeno.

Estos delitos admiten el beneficio del artículo 42 del código de procedimiento penal, aunque hayan sido cometidos bajo circunstancias específicas de agravación punitiva.

De los delitos relacionados algunos exigen querrela para iniciar su investigación, lo que no afecta la aplicación de pluricitada norma.

7.5. EXCEPCIONES

Están exceptuados de la aplicación del artículo 42 del código de procedimiento penal, los delitos de hurto calificado y la extorsión, dada la mayor y especial gravedad que ellos comportan en la medida en que evidentemente encierran una pluriofensividad de bienes jurídicos.

Pese a lo anterior, consideramos que es de mayor gravedad un homicidio culposo que un hurto calificado, y bajo el mismo sentido, también merece mayor reproche el homicidio culposo, o fuga de presos culposa o incendio culposo.

Sin embargo, para los últimos delitos citados pese a su ocurrencia en tal modalidad, no se admite la aplicación del artículo 42 del código de procedimiento penal. Asaltándonos la inquietud acerca de las razones que motivaron al legislador para regular ese tratamiento discriminatorio.

Será que el legislador tuvo en cuenta la muy desafortunada creencia generalizada en buena parte, que algunos delitos como los que vulneran la administración de justicia y la seguridad pública, por ser comportamiento que en principio no se realizan respecto a una determinada persona natural en cuya cabeza esté el bien jurídico tutelado, no son generadoras de perjuicios.? La violación a los derechos morales de autor.

Realmente no es entendible la posición del legislador cuando se establece esta prohibición, la que antes no existía.

La defraudación a los derechos patrimoniales de autor y violación a sus mecanismos de protección.

8. ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN

Al surgir la idea de hacer un estudio acerca de la aplicabilidad de la indemnización integral de perjuicios, tendiente a obtener la preclusión de la investigación, tenía la expectativa de establecer las ventajas de la misma.

Con este fin, contaría con la información recolectada inicialmente en la Oficina de Sistemas de la Fiscalía General de la Nación, organismo encargado de procesar los datos que allí deben ser reportados por las diferentes Unidades de Fiscalía, como también de los diferentes despachos judiciales.

De la misma manera, de la revisión de los expedientes, y ya del total de la muestra, obtener los aportes que me indicarían algunas características de las personas que se acogieron a ésta figura, entre lo que cuenta: profesión, dinero devengado, monto de lo cancelado, si tenían o no antecedentes penales; pero en últimas, esto quedó de lado en virtud a que solamente se mediría la eficacia de la figura aquí citada; pues la idea era cuantificar su aplicabilidad y medir el nivel de descongestión en los despachos judiciales en general.

De este modo, es de precisar que dada la calidad de los punibles averiguados, en la Fiscalía Delegada ante los Jueces Municipales, es en donde se da o se aplica con más frecuencia la normatividad en comento, en suma, si se tiene en cuenta que en estos despachos es donde se manejan los ilícitos de fácil conciliación, como el hurto agravado.

Si bien, el estatuto procedimental trae herramientas tendientes a la descongestión de despachos judiciales y el tema en estudio es uno de ellos, se

debe tener en cuenta que muchos delitos son conciliables, en otros se extingue la acción penal con el pago de los perjuicios ocasionados, mientras que en muchos otros ésta clase de arreglo, proviene de la parte ofendida, como de los procesados o por iniciativa de los funcionario judicial.

Así las cosas, lo que se quiere significar es que la importancia de la preclusión por indemnización de perjuicios, radica en que los daños son avaluados pecuniariamente por parte del afectado o por parte del Juzgado o Fiscalía en su momento procesal, y que a partir de ese momento, es donde el quejoso considera que en efecto ha sido resarcido y que el mal ya está remediado económicamente.

En consecuencia, esto sirve para demostrar que no todas las personas están interesadas en llegar a un acuerdo y que no todos los ilícitos son solucionables de esta manera; por lo tanto, continuando con el cumplimiento de los objetivos propuestos, se procederá a analizar la información recogida, de la siguiente manera:

De la información suministrada por la Unidad Seccional de Patrimonio de Medellín, se conoció por un lado que para el año 2010 se registraron en la Unidad Segunda Local de Fiscalías de esta ciudad, 106 Hurtos Agravados en los 18 Fiscales que conforman esta unidad, en los cuales solamente la Fiscalía 24 Local, aplicó en 2 casos la figura de preclusión por indemnización integral de perjuicios; y por otro, que se registraron 37 Hurtos Agravados en los 16 Fiscales que conforman la Unidad Tercera Local de la misma ciudad, de los cuales se aplicó la tan mencionada figura en 7 investigaciones. De allí, que según el reporte solamente a 9 decisiones se les dio aplicación a la figura reiterada, de las 143 registradas durante el tiempo de muestreo; pero como

quiera que la Unidad única de delitos contra la fe pública y el patrimonio económico, indico que en el sistema solo se halaron 78 casos, se hizo necesario el traslado a las diferentes Fiscalías que integran la Unidad de Fiscalías Delegadas ante los Jueces Penales Municipales de Medellín, con el fin de obtener la información y poder analizar la misma. La medición se hizo expresamente en el delito contra la propiedad; recuérdese, que la variable es medir la aplicación de la figura en referencia en las investigaciones por hurto agravado en la cuantía anteriormente señalada.

Los datos obtenidos son los siguientes:

FISCALIAS LOCALES	34
CASOS ASIGNADOS POR HURTO AGRAVADO	143
CASOS A LOS QUE SE LES APLICO LA FIGURA EN ESTUDIO PARA EL AÑO 2010	9

NÚMERO DE PROCESOS ASIGNADOS POR HURTO AGRAVADO-UNIDAD
SEGUNDA LOCAL DE MEDELLÍN-PERIODO AÑO 2010.

FISCALIA N°	N° de Procesos Asignados	Procesos Precluidos
22	5	0
24	6	2
30	6	0
32	6	0
34	6	0
37	5	0
39	5	0
41	6	0
106	7	0
110	6	0
117	6	0
129	6	0
132	6	0
142	6	0
147	6	0
159	6	0
168	6	0
183	6	0

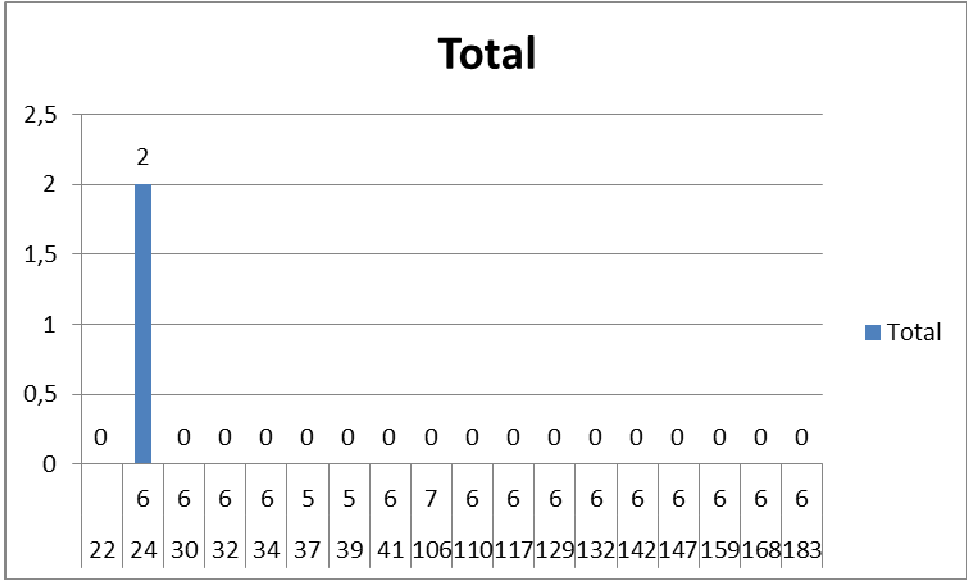
**NÚMERO DE PROCESOS ASIGNADOS POR HURTO AGRAVADO-UNIDAD
TERCERA LOCAL DE MEDELLÍN-PERIODO AÑO 2010.**

FISCALIA N°	N° de Procesos	Procesos Precluidos
46	2	0
50	2	0
56	2	0
57	2	0
58	1	0
61	2	0
89	8	6
91	2	0
102	2	0
103	2	0
104	2	0
110	2	0
120	2	0
175	2	0
182	2	0
188	2	1

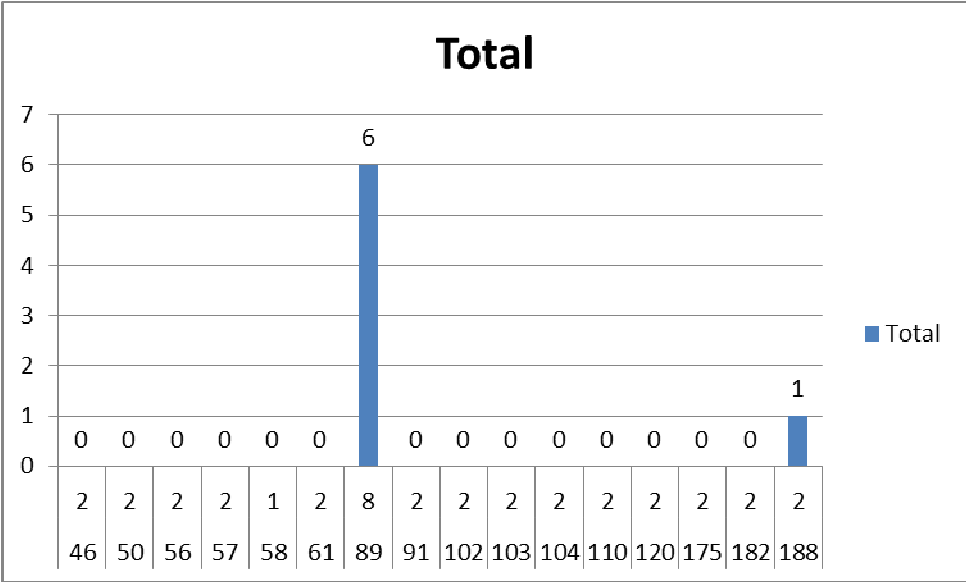
**PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN POR INDEMNIZACIÓN INTEGRAL
DE PERJUICIOS EN PROCESOS POR HURTO AGRAVADO MEDELLÍN
AÑO 2010.**

FISCALIA N°	N° de Procesos Asignados	Procesos Precluidos
24	6	2
89	8	6
188	2	1

**PRECLUSION DE INVESTIGACION POR INDEMNIZACION INTEGRAL DE
PERJUICIOS UNIDAD SEGUNDA LOCAL MEDELLÍN-AÑO 2010**

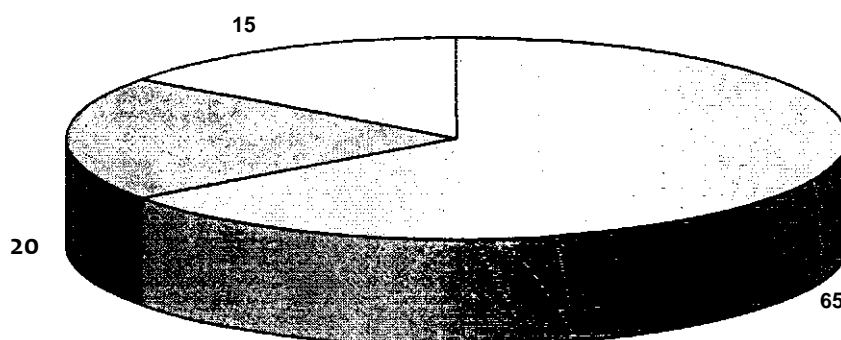


**PRECLUSION DE INVESTIGACION POR INDEMNIZACION INTEGRAL DE
PERJUICIOS UNIDAD TERCERA LOCAL MEDELLÍN-AÑO 2010**



Corolario con lo anterior, tenemos que el porcentaje de investigaciones en las que la acción penal se extinguió por indemnización integral de perjuicios, es muy mínimo, frente al número de procesos asignados a cada una de las Fiscalías durante el período indicado, concretamente por el punible de Hurto Agravado.

Es de tener en cuenta y procede señalar, que revisados los expedientes se encontró que en algunos casos la iniciativa para llegar a un arreglo económico partía de los ofendidos, en otros de los sindicatos, y en otros de oficio por parte del funcionario judicial. De donde se deduce que mientras unos buscan resarcir los perjuicios, otros lo que pretenden es obtener indemnización, por iniciativa o no del funcionario judicial; según los siguientes datos:



INICIATIVA PARA INDEMNIZACION INTEGRAL DE PERJUICIOS

15% OFENDIDO

20% SINDICADO

65% FUNCIONARIO

Es de anotar que si bien es cierto el artículo 42 del código de procedimiento penal dispone: "En los delitos que admiten desistimiento, en los de homicidio culposo y lesiones personales culposas, cuando no concurra alguna de las circunstancias de agravación punitiva consagradas en los artículos 110 y 121 del Código Penal, en los de lesiones personales dolosas con secuelas transitorias, en los delitos contra los derechos de autor y en los procesos por los delitos contra el patrimonio económico, la acción penal se extinguirá para todos los sindicados cuando cualquiera repare integralmente el daño ocasionado.

Se exceptúan los delitos de hurto calificado, extorsión, violación a los derechos morales de autor, defraudación a los derechos patrimoniales de autor y violación a sus mecanismos de protección.

La extinción de la acción a que se refiere el presente artículo no podrá proferirse en otro proceso respecto de las personas en cuyo favor se haya proferido resolución inhibitoria, preclusión de la investigación o cesación por este motivo, dentro de los cinco (5) años anteriores. Para el efecto, la Fiscalía General de la Nación llevará un registro de las decisiones que se hayan proferido por aplicación de este artículo."

Es de anotar que en la Unidad de Vida, no se encontró ningún proferimiento de la decisión en comento durante el período señalado.

9. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

- No se viene informando oportunamente sobre las decisiones, a la Unidad de Sistemas de la Fiscalía General de la Nación de la ciudad de Medellín, talo y como se pudo constatar al confrontar el listado suministrado por esa entidad y al revisar el archivo de las investigaciones por hurto agravado que reposan en cada una de las oficinas respectivas, en las que se hubiera proferido preclusión de la investigación por indemnización integral de perjuicios.
- El porcentaje comparativo entre el número de investigaciones ingresadas a la Unidad de las Fiscalías Locales de Medellín en el año 2010, que admiten la indemnización integral de perjuicios, frente al número de investigaciones que durante el mismo lapso se les aplico la herramienta jurídico procesal, demuestra que en la práctica no se acoge efectivamente este mecanismo; siendo factor determinante el hecho que el funcionario judicial la mayoría de las veces orienta su actuar en responsabilizar al infractor de la ley penal, olvidando el deber que tiene de propender con igual celo la indemnización integral de los perjuicios al ofendido, tal como lo prevé la Constitución Nacional, que la Fiscalía debe tomar las medidas necesarias para hacer efectivos el restablecimiento del derecho; amén de hacer nugatorio uno de los fines del Estado igualmente consagrado en la Carta Magna artículo 2 como es el brindar a los asociados la protección de sus derechos y la aplicación de los medios o mecanismos jurídicamente establecidos para hacerlos efectivos, entre los cuales lógicamente está el de dar por terminada la acción penal mediante las herramientas establecidas por el

legislador como la indemnización integral de los perjuicios causados a la víctima.

- El aplicar esta norma, no se puede tener como índice de descongestión de despachos judiciales, pues su incidencia es menor con relación a la manera como terminan los procesos por otras causas: contribuyendo con ello a la congestión de la justicia que incide directamente en la impunidad; pues en un País como el nuestro, en donde el orden público se encuentra perturbado por diferentes factores, que han incrementado notoriamente la criminalidad en sus distintas modalidades, especialmente aquellos que vulneran bienes jurídicos preciados como la vida, la libertad, con la comisión de ilícitos como el homicidio, genocidio, secuestros, desaparición forzada; se hace necesario que los operadores jurídicos encausen sus energías en responsabilizar a dichos autores, e imponerles sanciones ejemplarizantes; y empleen las herramientas establecidas por el mismo legislador para que evacúen aquellas controversias que puedan solucionarse rápidamente evitando un tortuoso diligenciamiento, y lo más importante contribuyendo a la descongestión, y a procurar que los ciudadanos tengan acceso a una pronta y cumplida justicia tal como lo manda la Constitución Política.
- El desconocimiento de las partes procesales sobre el mecanismo legal de la indemnización integral de perjuicios, para hacer valer sus derechos como extinguir la acción a favor del sindicado, y obtener una retribución económica por los perjuicios causados, en el caso de la víctima; así como la falta de diligencia de los funcionarios judiciales en aplicar este

mecanismo legal, repercuten en la poca efectividad de la figura de extinción de la acción penal por indemnización integral de perjuicios.

- Al inicio de esta investigación, no pensé que la figura tantas veces citada midiera de alguna manera la incidencia del pago de los perjuicios en la economía de los ofendidos, y ello se plasmó en este trabajo, si se tiene en cuenta que para algunos de los casos, la petición de arreglo provino de estos, lo cual nos indica que a muchas personas no les importa que se aplique justicia, esto es, se sancione con una sentencia al culpable, sino que se resarza el daño ocasionado, situación que beneficia entonces al infractor al no tener un antecedente en su contra por los que así se pueda referenciar.
- Si bien es cierto que el sistema procesal penal es muy amplio en su aplicación, también lo es que en el caso de estudio se muestra cerrado, teniendo en cuenta que sólo limita la aplicación de la norma a unas cuantas figuras, cuando a sabiendas, muchas preferirían el viejo adagio "es mejor un mal arreglo que un buen pleito", por lo que se debería ampliar más la misma a otra gran cantidad de ilícitos que en un momento dado no sean considerados como de peligro, o que por lo menos no causen tanta conmoción social por su naturaleza, como los conocidos en el argot jurídico con el nombre de delitos de bagatela, que por su número han congestionado alarmantemente los despachos judiciales.
- Para la sociedad es más conveniente que los litigios sean arreglados de una manera amistosa, en lugar de enfrentarse a tortuosos procesos que a la postre desgastan no solo a la persona sino a la sociedad y a la administración de justicia.

- A los funcionarios judiciales, se recomienda propender con igual celo en reconocer y observar los derechos de ambas partes (sujeto activo- sujeto pasivo) dentro de la acción penal, para que garanticen con su actuar la prevalencia de los mismos, para ello se debe informar a las partes sobre la posibilidad de dar por terminado el litigio con el pago de los perjuicios, participando activamente en lograr la eficacia de este mecanismo jurídico legalmente establecido.

BIBLIOGRAFIA Y FUENTES CONSULTADAS

DOCTRINALES:

La función de la pena. Heiko H. Lesch. Editorial Dykinson 1999. Cuadernos "Luis Jiménez de Asúa".

Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de Derecho. Santiago Mir Puig. Casa Editorial Bosch, Barcelona 1982.

En busca de las penas perdidas. Eugenio Raúl Zaffaroni. Editorial Ediar Buenos Aires. 1989.

Introducción al análisis del Derecho. Carlos S. Nino. Editorial Ariel.

Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo. Manuel Cancio. Revista "Jueces para la democracia". Nº 44. Julio 2002.

La Función de la Pena. Heiko H. Lesch. Traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles.

La posición de la justificación y de la exculpación en la teoría del delito desde la perspectiva alemana. Hans Joachim Hirsh, trad. Manuel Cancio Meliá, 1996.

Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal. Claus Roxin. Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Munich. Traducción, Introducción y Notas de Francisco Muñoz Conde Catedrático de Derecho Penal. REUS, S.A.

El Proceso Penal. Tercera Edición. Bernal Cuellar Jaime, Montealegre Linett Eduardo. Panamericana Formas e Impresos S.A. Bogotá.

Revista de Abogados Penalistas del Valle, número 12, volumen VII, primer semestre de 1985, págs. 117 y ss.

Algunos aspectos civiles dentro del proceso penal. Bogotá. Gaviria Londoño Vicente Emilio. Universidad Externado de Colombia. 25 lp.

Derecho penal. Parte General. Roxin, Claus.

Tratado de Derecho Penal. Parte General. Ediar, Buenos Aires, 1996.

Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa. Urs Kindhauser, trad. de Claudia López Díaz, 1996.

Causalidad e imposición objetiva. Hans-Joachim Rudolphi, de Claudia López Díaz, 1998.

JURISPRUDENCIALES:

Corte Constitucional

- Sentencia de constitucionalidad N° 899 del 7 de octubre de 2003.
- Sentencia de constitucionalidad N° C-570 del 15 de julio de 2003. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Sentencia de constitucionalidad N° 1490 del 2 de noviembre de 2000.
- Sentencia de constitucionalidad N° 879 del 10 de septiembre de 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- Sentencia de constitucionalidad N° 1116 del 25 de noviembre de 2003.
- Sentencia de Tutela N° 1062 del 2 de diciembre de 2002.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal

- Proceso N° 35946. Casación, del 13 de abril de 2011. M.P. María del Rosario González de Lemos.
- Proceso N° 31466. Casación, del 31 de Marzo de 2009. M.P. Alfredo Gómez Quintero.
- Proceso N° 23323. Casación, del 16 de Mayo de 2007. M.P. Jorge Luis Quintero Milanés.

PAGINAS WEP:

www.corteconstitucional.gov.co

www.cortesuprema.gov.co

www.consejodeestado.gov.co

www.ramajudicial.gov.co

www.unimilitar.edu.co

www.unal.edu.co

www.uexternado.edu.co